

DECIZIE
Nr. ■ BO2011_0116
Data: ■.2011

Prin contestația nr. ■/18.11.2010, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ■/18.11.2010, depusă de către SC ■ SA, cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■, și CUI ■, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ■, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziționare echipamente pentru dotarea ambulatorului integrat al ■”, cod CPV 33100000-1, s-a solicitat:

- remedierea anunțului de participare și a documentației de atribuire, în conformitate cu solicitările formulate în cadrul contestației și cu prevederile legale privind achizițiile publice;
- în măsura în care acest lucru nu mai e posibil, anularea procedurii de achiziție publică și reinițierea acesteia prin respectarea rectificărilor ce se impun.

Prin contestația nr. ■/19.11.2010, înregistrată la CNSC sub nr. ■/19.11.2010, depusă de către SC ■ S.R.L., cu sediul în ■, având număr de înregistrare la ORC ■, și CUI ■ împotriva documentației de atribuire, emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat modificarea conținutului documentației de atribuire.

În temeiul art. 273 al. 1 din OUG 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, cele două contestații au fost conexe.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestațiile formulate de SC ■ SA și SC ■ S.R.L., în contradictoriu cu ■.

Respinge ca nefondate criticile 1, 6, 9, 12, 14 și ca inadmisibil capătul de cerere privind reluarea procedurii din contestația formulată de SC ■ SA Respinge ca nefondată critica privind avizul de funcționare din contestația formulată de SC ■ S.R.L.

Dispune anularea procedurii.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare.

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

SC ■ SA a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de „licitație deschisă”, organizată pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziționare echipamente pentru dotarea ambulatorului integrat al ■”, cod CPV 33100000-1, solicitând:

- remedierea anunțului de participare și a documentației de atribuire, în conformitate cu solicitările formulate în cadrul contestației și cu prevederile legale privind achizițiile publice;

- în măsura în care acest lucru nu mai este posibil, anularea procedurii de achiziție publică și reinițierea acesteia prin respectarea rectificărilor ce se impun.

Contestatorul consideră că prin modul de întocmire a documentației de atribuire și prin modul în care a fost formulat anunțul de participare, autoritatea contractantă a încălcat o serie de prevederi legale în materie de achiziții publice, după cum urmează:

1) Conform anunțului de participare și a documentației de atribuire, autoritatea contractantă este denumită „■”, corect fiind Primăria sau Consiliul Local al ■ – în drept, sunt încălcate prevederile art. 33 al. 1 și al. 2 lit. a din OUG 34/2006.

2) În preambulul documentației de atribuire (pag. ■) se specifică imperativ de către autoritatea contractantă, cerința ca fiind valabilă pentru întreaga documentație: „Toate certificatele/documentele solicitate prin prezenta documentație de atribuire, trebuie să fie prezentate în original sau copie legalizată și trebuie să fie valabile la data deschiderii ofertelor”, în condițiile în care, în aceeași documentație de atribuire se specifică „copie semnată și ștampilată de reprezentantul legal al ofertantului cu mențiunea „conform cu originalul”; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 33 al. 1 și 2 lit. b și c din OUG 34/2006.

3) La pag. ■ a documentației de atribuire – Căi de atac, se specifică incidența art. 256 al. 1 lit. b din OUG 34/2006, în cazul depunerii unei contestații de către potențialii operatori economici ofertanți, iar în anunțul de participare este menționat că termenul de depunere a contestațiilor este de 10 zile de la data luării la cunoștință asupra actului considerat nelegal; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 33 al. 1 și al. 2 lit. b din OUG 34/2006.

4) La pag. ■ a fișei de date, se specifică faptul că adresa de livrare a produselor este sediul primăriei ■ iar în caietul de sarcini se specifică obligativitatea contractantului de a transporta marfa la sediul

■; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 33 al. 1 și al. 2 lit. h din OUG 34/2006.

5) În anunțul de participare se specifică faptul că durata contractului sau termenul de finalizare este de 45 de zile de la data atribuirii contractului, față de 45 de zile de la semnarea contractului, cum este specificat în fișa de date a achiziției; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 33 al. 1 și al. 2 lit. h din OUG 34/2006.

6) La pag. ■ a fișei de date a achiziției - Informații privind experiența similară, autoritatea contractantă solicită ca și cerință minimă de calificare: „Ofertantul trebuie să demonstreze experiență în domeniu prin prezentarea a maxim 3 contracte de produse de natură similară finalizate în ultimii 3 ani, a cărui valoare minimă să fie de 1.000.000 lei”; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 9 lit. a din HG 925/2006.

7) La pag. ■ a fișei de date se specifică: „Liderul parteneriatului va fi partenerul cu cea mai mare cotă de participare la prestarea serviciilor”; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 33 al. 1 și al. 2 lit. c din OUG 34/2006.

8) La pag. ■ a fișei de date - autoritatea contractantă specifică ca și cerință minimă de calificare că: „Ofertanții trebuie să dovedească implementarea și certificarea pentru sistemul de management al calității pentru dispozitive medicale conform ISO 13485, sau echivalent. Nu se acceptă ofertanții în curs de certificare”; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 177 al. 2 din OUG 34/2006.

9) La pag. ■ a fișei de date, se solicită, ca și cerință minimă de calificare: „În urma examinărilor și încercărilor respective se emite un certificat de conformitate privind încercările efectuate, pentru fiecare serie/lot în parte și se acordă licența de aplicare a marcajului CE și a mărcii OTDM pentru acea serie/acel lot”; - în drept, având în vedere că marcajul CE reflectă îndeplinirea în special a unor norme și reglementări europene privind calitatea și siguranța privind produsele furnizate, prin cerințele restrictive ale autorității, sunt încălcate prevederile art. 177 al. 1 și 2 din OUG 34/2006.

10) La pag. ■ a fișei de date, autoritatea contractantă solicită ca și cerință minimă de calificare, prezentarea „Autorizarea, de la producător sau de la reprezentanța acestuia în România, pentru furnizarea echipamentelor, în original sau copie legalizată. Autorizarea trebuie acordată pentru procedura de mai sus și trebuie să conțină numele autorității contractante și produsele oferite de către furnizor”; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 177 al. 2, art. 179 din OUG 34/2006 și art. 7, art. 8, art. 11 al. 2 din HG 925/2006.

11) La pag. ■ și ■ a fișei de date se menționează: „Astfel, chiar dacă toți asociații se încadrează, în mod individual, în categoria Întreprinderilor Mici și Mijlocii, reducerea cu 50% a cerinței privind quantumul garanției de participare nu se va aplica dacă asocierea, în ansamblu, nu se încadrează în categoria Întreprinderilor Mici și Mijlocii”

și „În cazul Întreprinderilor Mici și Mijlocii care participă în nume propriu, acestea pot beneficia de prevederile Legii 346/2004, art. 16, al. 2, numai în condițiile în care fac dovada că se încadrează în această categorie”; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 16 al. 2 din Legea 346/2004.

12) La pag. 16 a fișei de date, se specifică „Aviz de funcționare emis de Ministerul Sănătății pentru comercializarea dispozitivelor medicale în original sau copie legalizată”, iar în caietul de sarcini se specifică „Ofertanții vor prezenta documente care să ateste dreptul de punere pe piață a produselor”; contestatorul consideră că, prin această solicitare introdusă în mod artificial, este restricționată concurența operatorilor economici.

13) La pag. ■ a fișei de date – Deschiderea ofertelor, se specifică: „Atenție: Președintele comisiei are dreptul să dispună evacuarea din sală a participanților și a însoțitorilor acestora, care prin comportamentul lor împiedică buna desfășurare a procedurii”; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 33 al. 2 din HG 925/2006.

14) La pag. ■ a fișei de date - Criterii de atribuire, se specifică: „în cazul în care două sau mai multe oferte conțin, în cadrul propunerii financiare, același preț minim, atunci în vederea atribuirii contractului de achiziție publică se va solicita respectivilor ofertanți, pentru departajare, o nouă propunere financiară, în plic închis, caz în care contractul va fi atribuit ofertantului a cărui nouă propunere financiară are prețul cel mai scăzut, cu condiția încadrării prețului ofertat în valoarea fondurilor alocate pentru această achiziție”; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 2 al. 2 lit. d din OUG 34/2006.

15) La pag. ■ a fișei de date - Atribuirea contractului, se specifică: „Autoritatea contractantă va încheia contractul de achiziție publică în perioada de valabilitate a ofertelor, dar nu mai devreme de 6 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii”; - în drept, sunt încălcate în mod flagrant prevederile art. 205 al. 1 lit. a din OUG 34/2006.

16) La pag. ■ a fișei de date – Garanția de bună execuție, se specifică modul de constituire a garanției de bună execuție, prin scrisoare de garanție bancară de bună execuție sau prin rețineri succesive din facturile parțiale prezentate; - în drept, sunt încălcate în mod flagrant prevederile art. 90 al. 1 din HG 925/2006.

17) La pag. ■ a fișei de date - Garanția de bună execuție a contractului, se specifică modul de restituire a garanției de bună execuție; Precizând că nu este vorba de un contract de lucrări ci de unul de furnizare, contestatorul afirmă că nu este necesară încheierea unui proces verbal de recepție la terminarea lucrărilor; - în drept, sunt încălcate prevederile art. 33 al. și al. 2 lit. h din OUG 34/2006.

18) Prin solicitarea explicită a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, care au ca efect favorizarea sau eliminarea

anumitor operatori economici sau a anumitor produse, se încalcă flagrant prevederile art. 35 al. 5 și ale art. 38 al. 1 din OUG 34/2006.

SC ■ SRL a formulat contestație împotriva documentației de atribuire, emisă de către ■, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, solicitând modificarea conținutului documentației de atribuire.

Contestatorul consideră că, prin gruparea într-un singur lot indivizibil a tuturor echipamentelor medicale ce urmează a fi achiziționate, autoritatea contractantă a îngădit participarea operatorilor economici la procedură, aducând atingere principiilor și scopurilor prevăzute în OUG 34/2006.

Prin Adresa nr. ■/05.01.2011, înregistrată la CNSC sub nr. ■/06.01.2011, ■ în calitate de autoritate contractantă, precizează că, în urma contestației depuse de SC ■ SA, a adoptat următoarele măsuri de remediere, în raport cu solicitările contestatorului:

1. În conformitate cu prevederile art. 20 al. 1 din Legea 215/2001 coroborate cu prevederile art. 21 al. 1 din aceeași lege (1), ale art. IX al. 1 din OUG 63/2010 și cele ale art. 77 din Legea 215/2001, autoritatea contractantă nu consideră că a încălcat prevederile legale în ceea ce privește denumirea folosită.

2. Toate certificatele/documentele solicitate în documentația de atribuire vor fi prezentate în original sau copie legalizată, valabile la deschiderea ofertelor.

3. În conformitate cu pct. VI.4.2. din anunțul de participare, „contestația poate fi depusă în termen de 10 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre un act considerat nelegal”.

4. La secțiunea II - Obiectul contractului, locul principal de livrare este la sediul ■.

5. În conformitate cu pct. II. 1.4. din fișa de date a achiziției „Durata contractului e de 45 de zile de la data semnării contractului”.

6. În conformitate cu art. 9 din HG 925/2006, autoritatea contractantă are dreptul să solicite prezentarea unui sau mai multor contracte de natura și complexitatea celui ce urmează a fi atribuit, ca dovadă a experienței similare, a cărui/căror valoare/valori să nu depășească valoarea contractului ce va fi atribuit. Solicitarea a 3 contracte pentru dovedirea experienței similare, a fost făcută tocmai pentru a veni în întâmpinarea operatorilor economici, nerestricționându-li-se participarea prin prezentarea unui singur contract cu valoarea de 1.000.000 lei.

7. La pagina ■ a fișei de date se va citi „Liderul parteneriatului va fi partenerul cu cea mai mare cotă de participare la furnizarea produselor”.

8. ISO 13485 asigură producătorilor și distribuitorilor de instrumente medicale îmbunătățiri operaționale în același mod în care o face certificarea ISO 9001 - fiind un standard specific al sistemului calității instrumentelor medicale, ce completează standardul ISO 9001.

9. Comercializarea în statele UE și în România a anumitor produse este permisă numai după demonstrarea faptului că acestea respectă cerințele esențiale stabilite în directive europene și/sau standarde aplicabile. În consecință se va prezenta aviz de funcționare, emis de Ministerul Sănătății, pentru comercializarea dispozitivelor medicale, certificat de înregistrare dispozitive medicale emis de Ministerul Sănătății, aviz de funcționare pentru activitatea de service emis de Ministerul Sănătății, autorizarea de la producător sau reprezentanța acestuia în România.

10. La punctul V.4.9. - Alte avize, autorizații și certificate, se solicită autorizarea de la producător sau de la reprezentanța acestuia în România pentru furnizarea tuturor echipamentelor, în original sau copie legalizată, pentru eliminarea riscului de a achiziționa produse contrafăcute care să contravină Directivei Europene nr. 93/42/EEC.

11. La pct. VI.3. - Garanția de participare, din fișa de date a achiziției, se va citi: „Atenție! În cazul în care ofertantul este o asocieră, încadrarea în categoria Întreprinderilor Mici și Mijlocii se va analiza cu privire la asocieră în ansamblu. Astfel, chiar dacă toți asociații se încadrează, în mod individual, în categoria Întreprinderilor Mici și Mijlocii, reducerea cu 50% a cerinței privind cuantumul garanției de participare se va aplica chiar dacă asocieră în ansamblu nu se încadrează în categoria IMM .

12. „Excepție de la această cerință fac activitățile care se realizează de către însuși producătorul dispozitivelor medicale ce fac obiectul acestor activități” – art. 3 al. 2 din Legea 176/2000.

13. Din perspectiva comportamentului moral, autoritatea contractantă presupune un comportament corect și onorabil din partea operatorilor economici în așa fel încât să se poată acționa imparțial, integru și loial față de interesul public și față de societate.

14. Contrar celor stipulate de contestator, și momentul deschiderii plicurilor care marchează situația excepțională se va desfășura conform ședinței de deschidere inițială, respectiv, cu participarea împuterniciților operatorilor economici.

15. În conformitate cu art. 205 al. 1 lit. b din OUG 347/2006, contractul de achiziție publică se va încheia în termen de 11 zile de la data transmiterii comunicării, dar în eventualitatea în care se va depune ofertă din partea unui singur ofertant, atunci contractul de achiziție publică se va încheia în perioada de valabilitate a ofertelor, dar nu mai devreme de 6 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii.

16. La pagina ■ a fișei de date - Modul de constituire a garanției de bună execuție se va citi:

- a) - Scrisoare de garanție bancară de bună execuție sau,
- b) - rețineri succesive din facturile parțiale prezentate,
- c) - instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate de asigurări.

17. La pag. ■ a fișei de date - Garanția de bună execuție a contractului se va citi: „Garanția de bună execuție se va restitui în termen de 14 zile de la data întocmirii procesului verbal de recepție a produselor, dacă nu s-au ridicat până la acea dată pretenții asupra ei”.

18. Caracteristicile tehnice ale dispozitivelor medicale au specificat cerința minimă deoarece sistemele de calcul care alcătuiesc infrastructura de date din cadrul ■, folosesc sistem de operare Microsoft. În cazul în care s-ar folosi alt sistem de operare pentru infrastructură, ar trebui schimbate aplicațiile din ■ și ar duce la costuri suplimentare.

Referitor la contestația depusă de SC ■ SRL, autoritatea contractantă consideră că gruparea într-un singur lot indivizibil a tuturor echipamentelor medicale a avut drept scop achiziționarea tuturor echipamentelor medicale, fără a exista riscul de neacoperire a unuia sau altuia dintre acestea.

Mai mult, divizarea pe loturi pentru fiecare echipament ar fi determinat autoritatea contractantă la încheierea a 49 de contracte, neexistând siguranța că, la finalul procedurii, s-ar fi achiziționat toată aparatura necesară bunei funcționări a ■”.

Autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu art. 10 din HG 925/2006, autoritatea contractantă are dreptul și nu obligația atribuirii contractului pe loturi.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

■, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de „licitație deschisă”, pentru atribuirea contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziționare echipamente pentru dotarea ambulatorului integrat al ■”, cod CPV 33100000-1. În acest sens, a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP în data de ■.11.2010 anunțul de participare nr. ■, criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”.

Potrivit Procesului-verbal nr. ■/20.12.2010 al ședinței de deschidere a ofertelor, a depus ofertă un singur operator economic, respectiv SC ■ SRL. Ulterior analizării ofertei, de către comisia de evaluare, acesta a fost desemnat câștigător, aspect consemnat în Raportul procedurii de atribuire nr. ■/04.01.2011.

Ulterior luării la cunoștință de conținutul anunțului de participare, documentației de atribuire și clarificării nr. ■/15.11.2010, pentru motivele evocate anterior, SC ■ SA și SC ■ SRL, au depus la Consiliu contestațiile în analiză.

Deoarece măsurile de remediere a documentației de atribuire, ca urmare a contestațiilor depuse, au fost luate la 05.01.2011, după încheierea raportului procedurii, acestea nu mai pot fi luate în considerare de Consiliu, în soluționarea contestației. Remedierea trebuia realizată înainte de depunerea ofertelor, situație în care contestatorii ar fi putut renunța la contestații și ar fi depus oferte. La

această dată remedierea nu mai are niciun efect juridic, iar efectuarea ei cu așa mare întârziere a împiedicat operatorii economici contestatori să depună oferte.

Având a verifica temeinicia criticilor formulate de SC ■ SA, Consiliul constată următoarele:

Referitor la critica privind denumirea autorității contractante, Consiliul reține următoarele:

În anunțul de participare și în fișa de date denumirea autorității contractante este „■”. Contestatorul consideră că în mod corect trebuia menționat „Primăria sau Consiliul Local al ■”. Critica contestatorului nu este întemeiată, deoarece conform art. 20 din Legea 215/2001:

(1) Comunele, orașele, municipiile și județele sunt unități administrativ-teritoriale în care se exercită autonomia locală și în care se organizează și funcționează autorități ale administrației publice locale.

Coroborat cu prevederile art. 21 din aceeași lege:

(1) Unitățile administrativ-teritoriale sunt persoane juridice de drept public, cu capacitate juridică deplină și patrimoniu propriu. Acestea sunt subiecte juridice de drept fiscal, titulare ale codului de înregistrare fiscală și ale conturilor deschise la unitățile teritoriale de trezorerie, precum și la unitățile bancare. Unitățile administrativ-teritoriale sunt titulare ale drepturilor și obligațiilor ce decurg din contractele privind administrarea bunurilor care aparțin domeniului public și privat în care acestea sunt parte, precum și din raporturile cu alte persoane fizice sau juridice, în condițiile legii.

Coroborat cu dispozițiile art. IX din OUG 63/02.07.2010:

(1) În cazul unității/subdiviziunii administrativ-teritoriale unde certificatul de înregistrare fiscală are menționat ca titular "PRIMĂRIA ...", "CONSILIUL LOCAL ..." sau "CONSILIUL JUDEȚEAN ...", după caz, prin grija autorității executive, se solicită la organul fiscal competent din subordinea Agenției Naționale de Administrare Fiscală, în termen de cel mult 30 de zile de la intrarea în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență, schimbarea certificatului de înregistrare fiscală și înscrierea în acesta, după cum urmează: "COMUNA ...", "ORAȘUL ...", "MUNICIPIUL ...", "SECTORUL ... AL MUNICIPIULUI BUCUREȘTI" sau, după caz, "JUDEȚUL ...". În locul marcat prin puncte se înscrie denumirea unității/subdiviziunii administrativ-teritoriale

Conform art. 77 din Legea 215/2001:

Primarul, viceprimarul, secretarul unității administrativ-teritoriale și aparatul de specialitate al primarului constituie o structură funcțională cu activitate permanentă, denumită primăria comunei, orașului sau municipiului, care duce la îndeplinire hotărârile consiliului local și dispozițiile primarului, soluționând problemele curente ale colectivității locale.

Din cele de mai sus reiese că nu este întemeiată critica contestatorului, nefiind vorba de o încălcare a art. 33 al. 1 și 2 lit. a din OUG 34/2006.

Referitor la critica privind prezentarea documentelor în original sau copie legalizată, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „*Toate certificatele / documentele solicitate prin prezenta documentație de atribuire, trebuie să fie prezentate în original sau copie legalizată și trebuie să fie valabile la data deschiderii ofertelor*”. În același document se specifică: (pag. ■) „*copie semnată și ștampilată de reprezentantul legal al ofertantului cu mențiunea conform cu originalul*”; (pag. ■) „*în copie, vizat și înregistrat de organele competente ...*”; (pag. ■) „*... copii după contracte prezentate ca experiență similară*” și „*copie după recomandări/ documente constatatoare*”.

Conform art. 33 al. 1 din OUG 34/2006 „*Autoritatea contractantă are obligația de a preciza în cadrul documentației de atribuire orice cerință, criteriu, regulă și alte informații necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire*”.

Din cele de mai sus reiese că aceste precizări din fișa de date sunt contradictorii, critica contestatorului fiind întemeiată.

De asemenea, autoritatea contractantă nu a învederat Consiliului niciun motiv, nici în cadrul punctului de vedere formulat și nici în nota justificativă pentru care a impus această condiție de prezentare a acestor înscrisuri în copie legalizată, care să conducă la concluzia că un ofertant care nu depune toate documentele ofertei în forma cerută nu poate îndeplini în mod corespunzător contractul de furnizare.

Cu toate că legislația actuală din domeniu nu interzice solicitarea prezentării tuturor documentelor în original sau în copie legalizată, aceasta trebuie circumscrisă următoarelor prescripții legale, în speța de față:

- art. 2 al. 2 lit. c din OUG 34/2006: „*principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] recunoașterea reciprocă*”. Prin recunoaștere reciprocă se înțelege acceptarea produselor, serviciilor și lucrărilor oferite în mod licit pe piața Uniunii Europene, a diplomelor, certificatelor și a altor documente, emise de autoritățile competente din alte state, precum și a specificațiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național;

- art. 2 al. 2 lit. e) din OUG 34/2006: „*principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] proporționalitatea*”. Principiul proporționalității este înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite;

- art. 179 din OUG 34/2006: „*Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când*

stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului ce urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea contractului care urmează să fie atribuit";

- art. 7 din HG 925/2006: "Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din OUG, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare";

- art. 11 al. 2 din HG 925/2006: "Documentele solicitate nu trebuie să limiteze posibilitatea ofertantului de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace, în măsura în care acestea pot fi considerate edificatoare de către autoritatea contractantă".

Raportat la aceste dispoziții legale, nu există nicio probă sau indiciu din care să rezulte că documentele prezentate în copie nu sunt valabile, de altfel, această suspiciune a fost înlăturată prin prezentarea documentelor în original în cadrul ședinței de deschidere sau prin exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său de a solicita detalii, precizări sau confirmări suplimentare atât de la ofertant cât și de la autoritățile competente care pot furniza informații în acest sens potrivit art. 11 al. 3 din HG 925/2006.

Consiliul stabilește că documentele depuse în copie simplă pot fi luate în considerare pentru calificarea și demonstrarea potențialului și capacității operatorului economic de a executa contractul de achiziție publică. În sens contrar s-ar limita posibilitatea ofertanților de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace echivalente, după cum prescrie art. 11 al. 2 din HG 925/2006 precizat.

Cerința depunerii unor documente în cadrul ofertei într-o anumită formă trebuie motivată, în concret, de necesitatea verificării anumitor informații și preîntâmpinării atribuirii contractului unui ofertant ce nu are posibilitatea de a realiza furnizarea produselor.

Față de aceste aspecte, Consiliul constată că aceste cerințe sunt restrictive.

Referitor la critica privind termenul de depunere a contestației, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■ – Căi de atac) autoritatea contractantă precizează că termenul de depunere a contestației este de 5 zile.

Conform art. 256² din OUG 34/2006:

(1) Persoana vătămată poate sesiza Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau, după caz, instanța judecătorească competentă în vederea anulării actului și/sau recunoașterii dreptului pretins ori a interesului legitim, în termen de:

a) 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință, în condițiile prezentei ordonanțe de urgență, despre un act al autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea contractului care urmează să fie atribuit, estimată conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, este mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 al. 2).

Valoarea estimată a contractului este de 1.220.840 lei, fără TVA, echivalentul a 284.830 euro la cursul mediu BNR din data publicării anunțului (■.11.2010).

Conform art. 55 al. 2) din OUG 34/2006:
Publicarea în Jurnalul Oficial al UE E obligatorie în toate situațiile în care:

a) autoritatea contractantă se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 8 lit. a)-c), iar valoarea estimată a contractului de furnizare sau de servicii care urmează să fie atribuit este mai mare decât echivalentul în lei a 125.000 euro.

Din cele de mai sus reiese că e întemeiată critica contestatorului.

Referitor la critica privind locul de livrare a produselor, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pct. II.1.2.) autoritatea contractantă precizează că locația furnizării este sediul ■. În caietul de sarcini (pag. ■) se precizează că locația furnizării este ■”.

Din cele de mai sus reiese că aceste precizări din fișa de date și din caietul de sarcini sunt contradictorii, critica contestatorului fiind întemeiată.

Referitor la critica privind durata contractului, Consiliul reține următoarele:

În anunțul de participare se specifică faptul că durata contractului sau termenul pentru finalizare este de 45 zile de la data atribuirii contractului.

În fișa de date (pct. II.1.4.) autoritatea contractantă precizează că durata contractului este de 45 de zile de la semnarea contractului.

Din cele de mai sus reiese că această precizare din anunțul de participare este contrară celei din fișa de date, critica contestatorului fiind întemeiată.

Referitor la critica privind experiența similară, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (V.4.2.) autoritatea contractantă precizează că „Ofertantul (operator economic sau membrii asocierii împreună) trebuie să demonstreze experiența în domeniu prin prezentarea a maxim 3 contracte de produse de natură similară finalizat/e în ultimii 3 ani, a cărui valoare minimă să fie de 1.000.000 lei”.

Contestatorul consideră că impunerea unui număr maxim de 3 contracte încalcă prevederile art. 9 lit. a din HG 925/2006.

Conform art. 9 din HG 925/2006:

În sensul prevederilor art. 8 al. 1, se prezumă că cerințele minime de calificare sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit, dacă se impune îndeplinirea unor condiții cum ar fi:

a) suma valorilor/cantităților de produse furnizate, servicii prestate și lucrări executate, incluse în contractul/contractele prezentat /prezentate de către operatorul economic ca dovadă a experienței lui similare, să fie mai mare decât valoarea/cantitatea de produse /servicii/lucrări ce vor fi furnizate/presate/executate în baza contractului care urmează să fie atribuit.

După cum se poate observa, solicitarea a maxim 3 contracte nu încalcă prevederile acestui articol, deci critica nu este întemeiată. Solicitarea respectivă vine în sprijinul operatorilor economici, deoarece s-ar fi restrâns participarea prin prezentarea unui singur contract cu valoarea de 1.000.000 lei.

În cadrul art. 9 din HG 925/2006, legiuitorul a ales să reglementeze doar valoarea contractului/contractelor solicitate de către autoritatea contractantă ca și experiență similară nu însă și numărul lor, aspect care a fost lăsat la latitudinea fiecărei autorități contractante în funcție de natura și complexitatea contractelor ce urmează a fi atribuite, motiv pentru care Consiliul nu poate extinde aplicabilitatea prevederilor acestui articol la alte situații nereglementate de lege potrivit principiului de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Referitor la critica privind liderul parteneriatului, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „Liderul parteneriatului va fi partenerul cu cea mai mare cotă de participare la prestarea serviciilor”.

Acordul de asociere, în cadrul unei proceduri în vederea depunerii unei oferte comune potrivit art. 44, este o manifestare de voință realizată între doi sau mai mulți operatori economici pentru a crea un raport juridic, dând naștere unor obligații sau constituind un drept real.

Codul civil consacră principiul libertății contractuale, cu alte cuvinte dreptul persoanelor juridice de a se asocia/încheia contracte/convenții/acorduri în mod liber, limitele generale ale acestei libertăți fiind reprezentate de ordinea publică și bunele moravuri.

Potrivit art. 969, coroborat cu art. 973 Cod civil, convențiile legal făcute au putere de lege între părți, și nu au efecte decât între părțile contractante, ele putând fi revocate prin consimțământul mutual sau din cauze autorizate de lege, de unde se poate desprinde concluzia că autoritatea contractantă, în calitate de terț, nu poate impune/stabili

operatorilor economici care au încheiat acest acord de asociere, nicio clauză, deoarece nu este parte în această convenție.

Mai mult, potrivit documentației de atribuire, contractul este de furnizare, iar în cadrul fișei de date autoritatea contractantă a solicitat această cerință pentru un contract de servicii.

Referitor la critica privind ISO 13485, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „Ofertanții trebuie să dovedească implementarea și certificarea pentru sistemul de management al calității pentru dispozitive medicale conform ISO 13485, sau echivalent. Nu se acceptă ofertanții în curs de certificare”.

Având în vedere această cerință minimă de calificare rezultă că în calitate de ofertanți nu pot fi decât producători ai produselor necesare autorității, acest certificat privind sistemul de management al calității pentru dispozitive medicale fiind aplicabil producătorilor, fiind în acest fel excluși intermediarii (comercianții), deci critica este întemeiată.

Referitor la critica privind verificarea CE, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „În urma examinărilor și încercărilor respective se emite un certificat de conformitate privind încercările efectuate, pentru fiecare serie / lot în parte și se acordă licența de aplicare a marcajului CE și a mărcii OTDM pentru acea serie/acel lot”.

Art. 11 din HG 54/2009 reglementează libera circulație a dispozitivelor medicale în sensul că se admite introducerea pe piață doar a dispozitivelor care poartă marcajul european de conformitate CE, marcaj care semnifică faptul că aceste dispozitive au fost supuse evaluării conformității.

Potrivit art. 49 din HG 54/2009 dispozitivele care se consideră că satisfac cerințele esențiale precizate în anexa 1, ținând seama de scopul propus al acesteia trebuie să poarte în momentul introducerii pe piață, marcajul de conformitate CE. Lipsa marcajului CE încalcă dispozițiile acestei hotărâri potrivit art. 52 din același act normativ, iar menținerea acestei situații de neconformitate poate conduce la luarea măsurii de a limita și a interzice introducerea pe piață a produsului în cauză conform art. 53 din HG 54/2009.

De asemenea, încălcarea acestor obligații constituie contravenție potrivit art. 56 din actul normativ precitat și se sancționează cu amendă de către organele competente.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă poate achiziționa doar produse puse/introduse pe piață în mod legal sens în care cerința autorității contractante cu privire la certificatul de conformitate și marcajul CE al produselor ce urmează a fi furnizate nu este restrictivă, urmând a fi respinsă critica contestatorului.

Referitor la critica privind autorizarea de la producător sau de la reprezentanța acestuia în România, Consiliul reține următoarele:

Consiliul constată că în cadrul Fișei de date a achiziției, la punctul V.4.9) Alte avize, autorizații și certificate, se solicită: *„Autorizarea de la producător sau de la reprezentanța acestuia în România, pentru furnizarea echipamentelor, în original sau copie legalizată. Autorizarea trebuie acordată pentru procedura de mai sus și trebuie să conțină numele autorității contractante și produsele oferite de către furnizor”*.

Consiliul reține faptul că prezentarea de către ofertanți a unui document de autorizare a comercializării, emis de producătorul (reprezentantul acestuia) sau distribuitorul produsului, cu toate că legislația actuală din domeniu nu interzice solicitarea prezentării unei autorizări din partea producătorului (distribuitorului), trebuie circumscrisă, în speța de față, următoarelor prescripții legale:

- art. 2 al. 2 lit. c din OUG 34/2006: *„Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] recunoașterea reciprocă”*. Prin recunoaștere reciprocă se înțelege acceptarea produselor, serviciilor și lucrărilor oferite în mod licit pe piața UE, a diplomelor, certificatelor și a altor documente, emise de autoritățile competente din alte state, precum și a specificațiilor tehnice, echivalente cu cele solicitate la nivel național;

- art. 2 al. 2 lit. e) din OUG 34/2006: *„Principiile care stau la baza atribuirii contractului de achiziție publică sunt: [...] proporționalitatea”*. Principiul proporționalității este înțeles ca asigurare a corelației dintre necesitatea autorității contractante, obiectul contractului de achiziție publică și cerințele solicitate a fi îndeplinite;

- art. 177 al. 2 din OUG 34/2006: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a impune candidaților/ofertanților obligativitatea prezentării unei certificări specifice, aceștia din urmă având dreptul de a prezenta, în scopul demonstrării îndeplinirii anumitor cerințe, orice alte documente echivalente cu o astfel de certificare sau care probează, în mod concludent, îndeplinirea respectivelor cerințe. [...]”*;

- art. 179 din OUG 34/2006: *„Autoritatea contractantă are obligația de a respecta principiul proporționalității atunci când stabilește criteriile de calificare și selecție, iar aceste criterii trebuie să aibă o legătură concretă cu obiectul contractului care urmează a fi atribuit. În acest sens, nivelul cerințelor minime solicitate prin documentația de atribuire, precum și documentele care probează îndeplinirea unor astfel de cerințe trebuie să se limiteze numai la cele strict necesare pentru a se asigura îndeplinirea în condiții optime a contractului respectiv, luând în considerare exigențele specifice impuse de valoarea, natura și complexitatea acestuia.”*;

- art. 7 din HG 925/2006: *„Criteriile de calificare și selecție, astfel cum sunt prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, au ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al fiecărui operator economic participant la procedură, potențial care trebuie să*

reflecte posibilitatea concretă a acestuia de a îndeplini contractul și de a rezolva eventualele dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, în cazul în care oferta sa va fi declarată câștigătoare”;

- art. 8 al. 1 din HG 925/2006: „Autoritatea contractantă nu are dreptul de a restricționa participarea la procedura de atribuire a contractului de achiziție publică prin introducerea unor cerințe minime de calificare, care:

a) nu prezintă relevanță în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit;

b) sunt disproporționate în raport cu natura și complexitatea contractului de achiziție publică ce urmează să fie atribuit”;

- art. 11 al. 2 din HG 925/2006: „Documentele solicitate nu trebuie să limiteze posibilitatea ofertantului/candidatului de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace, în măsura în care acestea pot fi considerate edificatoare de către autoritatea contractantă”.

Raportat la aceste dispoziții legale, la dificultățile în obținerea unei autorizații din partea distribuitorului sau producătorului (reprezentantului acestuia) care poate participa la procedură și la cele prevăzute în Ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr. 131/2006 (autorizarea pentru livrarea produselor este „un instrument la îndemâna producătorului care, în funcție de propriile interese, sau în urma unei înțelegeri între acesta și distribuitorii săi, alege fie să acorde autorizarea în cauză numai unuia dintre distribuitori, discriminându-i astfel pe ceilalți, fie o poate acorda tuturor distribuitorilor, autorizându-i să oferteze loturi diferite de produse. Ambele situații sunt de natură să elimine concurența între distribuitori”), Consiliul stabilește că cerința prezentării autorizării de livrare pentru produsele oferite, emisă de producătorul (reprezentantul acestuia) sau distribuitorul acestor produse, îngreudește accesul la procedură al operatorilor economici și aduce atingere prevederilor antemenționate întrucât:

- limitează posibilitatea ofertanților de a demonstra îndeplinirea criteriilor de calificare și prin alte mijloace echivalente;

- nu se justifică în situația în care produsul nu este achiziționat direct de la producător, este achiziționat de la mai mulți producători sau este achiziționat de la un producător care nu dorește să elibereze autorizarea cerută;

- în timpul evaluării ofertelor, producătorul poate să anuleze autorizația de livrare, acordată unui participant la procedură, situație în care respectivul ofertant este eliminat, deși la deschiderea ofertelor îndeplinea cerința de calificare privind autorizarea;

- nu are ca scop demonstrarea potențialului tehnic, financiar și organizatoric al operatorilor economici participanți la procedură, ci urmărește cunoașterea producătorului produsului și garantarea calității produsului;

- scopul vizat de autoritate se poate obține și prin prezentarea unor documente cum ar fi: fișa tehnică a produsului, autorizația pentru producerea sau comercializarea produsului.

În considerarea celor menționate, Consiliul stabilește că obiecțiile contestatorului referitoare la cerința privind prezentarea autorizării de livrare pentru produsele oferite sunt întemeiate și, pe cale de consecință, urmează a dispune eliminarea din documentația de atribuire a acestei cerințe, autoritatea contractantă având obligația de a accepta orice documente privind proveniența și calitatea produselor furnizate.

Referitor la critica privind IMM-urile, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „Astfel, chiar dacă toți asociații se încadrează, în mod individual, în categoria IMM, reducerea cu 50% a cerinței privind cuantumul garanției de participare nu se va aplica dacă asocierea, în ansamblu, nu se încadrează în categoria IMM”.

Cerința este restrictivă, deoarece nu se poate nega încadrarea unui ofertant de a fi IMM, chiar dacă acesta alege să participe la o procedură în asociere, atâta timp cât toți membrii asocierii se încadrează în categoria IMM. Prin această cerință se refuză dreptul legal al operatorilor economici de a uza de această reducere a garanției în situația unei oferte comune, motiv pentru care critica este întemeiată.

Referitor la critica privind avizul de funcționare și clarificarea nr. ■ din 15.11.2010, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă a solicitat „*Aviz de funcționare emis de Ministerul Sănătății pentru comercializarea dispozitivelor medicale în original sau copie legalizată*”. Această cerință este menținută și prin clarificarea nr. ■ din 15.11.2010.

În conformitate cu dispozițiile art. 34 din Decretul 31/1954 privitor la persoanele fizice și juridice, „persoana juridică nu poate avea decât drepturi care corespund scopului ei, stabilit prin lege, act de înființare/statut. Orice act juridic care nu este făcut în vederea realizării acestui scop este nul”. Scopul persoanei juridice determină conținutul capacității sale de folosință. Întinderea capacității de folosință a societății comerciale este dată, sintetic, de „obiectul de activitate”, stabilit la înființarea societății comerciale.

Având în vedere că obiectul contractului este „achiziționare echipamente pentru dotarea ambulatorului integrat” și ținând cont de:

- principiul „specialia generalibus derogant”;
- prevederile legii speciale, respectiv art. 3 coroborat cu art. 4 al. 1 din Legea 176/2000, dispun în mod expres și imperativ faptul că:

Art. 3. - (1) Activitățile de comercializare, de distribuție și de prestări de servicii în domeniul dispozitivelor medicale se desfășoară cu respectarea prevederilor prezentei legi și a normelor metodologice aplicabile, aprobate prin ordin al ministrului sănătății.

(2) *Activitățile prevăzute la al. 1 sunt supuse controlului prin avizare. Excepție de la această cerință fac activitățile care se realizează de către însuși producătorul dispozitivelor medicale ce fac obiectul acestor activități.*

(3) *Avizul prevăzut la al. 2 se emite de Ministerul Sănătății, cu respectarea normelor metodologice aplicabile, în baza evaluării competenței și a capacității persoanelor fizice sau juridice, după caz, de a realiza activitățile pentru care solicită avizul.*

Art. 4. - (1) Dispozitivele medicale se comercializează, se distribuie, se instalează și se întrețin, pentru a fi utilizate în conformitate cu scopul propus, numai de către persoanele fizice sau juridice pentru care s-a emis avizul prevăzut la art. 3 al. 2.

- ordinul MS nr. 1636/2004, art. 8 coroborat cu art. 4 și 6, conform căruia avizul de funcționare pentru unități cu activitate de import, depozitare și comercializare dispozitive medicale se emite în baza documentației prevăzute la art. 6 al. 3 și a documentului care confirmă plata taxei prevăzute la art. 41 din Legea 176/2000, în termen de 30 de zile de la solicitare.

Față de aceste aspecte, operatorii economici interesați trebuie să facă dovada că în calitatea lor de operatori economici, „unități cu activitate de comercializare dispozitive medicale”, au capacitatea de exercițiu, respectiv au aptitudinea de a exercita drepturi și de a-și asuma obligații săvârșind acte juridice în domeniul activității de comercializare și distribuție în domeniul dispozitivelor medicale.

Din cele de mai sus reiese că solicitarea contestatorului de eliminare a acestei cerințe este neîntemeiată.

Referitor la critica privind evacuarea din sală, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „*Atenție: Președintele comisiei are dreptul să dispună evacuarea din sală a participanților și a însoțitorilor acestora, care prin comportamentul lor împiedică buna desfășurare a procedurii*”.

Conform art. 33 al. 2 din HG 925/2006, orice ofertant are dreptul de a participa la deschiderea ofertelor.

Conform art. 84 din aceeași hotărâre „*garanția de participare se constituie de către ofertant în scopul de a proteja autoritatea contractantă față de riscul unui eventual comportament necorespunzător al acestuia pe întreaga perioadă derulată până la încheierea contractului de achiziție publică sau a acordului-cadru*”. Rezultă că autoritatea poate reține din garanție în cazul unui astfel de comportament.

Din cele de mai sus reiese că autoritatea contractantă, prin președintele comisiei, nu poate să dispună evacuarea din sală a participanților și a însoțitorilor acestora, deci critica este întemeiată. Autoritatea contractantă, în cadrul documentației de atribuire, nu

poate stabili cerințe contrare/"peste lege" având în vedere principiul de drept „*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Referitor la critica privind același preț minim, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „*în cazul în care două sau mai multe oferte conțin, în cadrul propunerii financiare, același preț minim, atunci în vederea atribuirii contractului de achiziție publică se va solicita respectivilor ofertanți, pentru departajare, o nouă propunere financiară, în plic închis, caz în care contractul va fi atribuit ofertantului a cărui nouă propunere financiară are prețul cel mai scăzut, cu condiția încadrării prețului ofertat în valoarea fondurilor alocate pentru această achiziție*”.

În astfel de situații autoritatea poate cere noi propuneri financiare pentru a putea realiza departajarea ofertanților. Nu este întemeiată afirmația contestatorului că ofertanții nu au dreptul de a participa la deschiderea plicurilor în această situație excepțională, deoarece totul se desfășoară în condițiile ședinței inițiale de deschidere a ofertelor, cu participarea împuterniciților operatorilor economici, deci critica este neîntemeiată.

Referitor la critica privind termenul de încheiere a contractului, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „*Autoritatea contractantă va încheia contractul de achiziție publică în perioada de valabilitate a ofertelor, dar nu mai devreme de 6 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii*”. Conform prevederilor art. 205 al. 1 lit. a din OUG 34/2006:

(1) Contractele care intră în sfera de aplicare a prezentei ordonanțe de urgență pot fi încheiate numai după împlinirea termenelor de așteptare de:

a) 11 zile de la data transmiterii comunicării privind rezultatul aplicării procedurii, în cazul în care valoarea estimată, conform prevederilor art. 23 și ale cap. II secțiunea a 2-a, a contractului respectiv este mai mare decât pragurile valorice prevăzute la art. 55 al. 2.

Având în vedere că valoarea estimată este de 1.220.840 lei fără TVA, Consiliul constată că cerința impusă de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire încalcă prevederile legale antemenționate, critica contestatorului fiind întemeiată.

Referitor la critica privind garanția de bună execuție, Consiliul reține următoarele:

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „*modul de constituire a garanției de bună execuție:*

- a) scrisoare de garanție bancară de bună execuție sau*
- b) rețineri succesive din facturile parțiale prezentate”.*

Conform art. 90 din HG 925/2006:

(1) De regulă, garanția de bună execuție se constituie printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate bancară sau de o societate de asigurări, care devine anexă la contract. Prevederile art. 86 al. 2-4 se aplică în mod corespunzător.

Prin această cerință se încalcă dreptul ofertantului câștigător de a constitui această garanție și printr-un instrument de garantare emis în condițiile legii de o societate de asigurări, astfel critica este întemeiată.

În fișa de date (pag. ■) autoritatea contractantă precizează că „Garanția de bună execuție se va restitui după cum urmează:

- 70% din valoarea garanției în termen de 14 zile de la data încheierii procesului-verbal de recepție la terminarea lucrărilor, dacă nu a ridicat până la acea dată pretenții asupra ei, iar riscul pentru vicii ascunse este minim;

- restul de 30% din valoarea garanției, la expirarea perioadei de garanție a lucrărilor executate, pe baza procesului – verbal de recepție finală”.

Având în vedere că obiectul contractului îl constituie furnizarea de produse, prevederile acestui articol și implicit cerința autorității contractante nu poate fi pusă în aplicare, deoarece nu este vorba de execuția de lucrări, motiv pentru care critica este întemeiată.

Referitor la critica privind încălcarea art. 38 al. 1 din OUG 34/2006, Consiliul reține următoarele:

În caietul de sarcini autoritatea contractantă precizează, la unele produse, că se solicită sistemul de operare Windows, dar fără a preciza și „sau echivalent” și care să fie compatibile cu sistemul deja instalat (existent), situație în care critica este întemeiată. Prin solicitarea explicită a unor specificații tehnice care indică o anumită origine, sursă, producție, un procedeu special, o marcă de fabrică sau de comerț, care au ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor operatori economici sau a anumitor produse, se încalcă prevederile art. 35 al. 5 și ale art. 38 al. 1 din OUG 34/2006.

Având a verifica temeinicia criticilor formulate de SC ■ SRL, Consiliul constată următoarele:

Referitor la critica formulată de contestator cu privire la nedivizarea pe loturi a achiziției publice, Consiliul reține următoarele:

Examinând fișa de date (II.1.6. Divizare pe loturi) elaborată de către autoritatea contractantă, Consiliul constată faptul că în acest document se precizează că nu este permisă ofertarea pe loturi.

Din caietul de sarcini rezultă că autoritatea contractantă dorește să achiziționeze 49 de echipamente, în cantități cuprinse între 1 și 9 buc., în total 61 de buc.

Dispozițiile art. 2 al. 1 din OUG 34/2006, stipulează că: „Scopul prezentei ordonanțe de urgență îl constituie:

a) promovarea concurenței între operatorii economici; (...)

d) asigurarea utilizării eficiente a fondurilor publice, prin aplicarea procedurilor de atribuire de către autoritățile contractante”.

Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, prin refuzul de a defalca pe loturi achiziția produselor în cauză, a încălcat atât scopul achizițiilor publice, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici cât și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice. Nedivizarea pe loturi, atunci când este vorba despre produse nesimilare între ele, este contrară principiilor nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității (art. 2 al. 2) din OUG 34/2006). Mai mult, divizarea pe loturi ajută la îndeplinirea scopului Legii nr. 346/2004, în sensul că această divizare pe loturi face ca obligația de a încuraja creșterea ponderii IMM-urilor în valoarea contractelor de achiziții publice să poată fi îndeplinită. În fine, prin Codul European de bune practici pentru înlesnirea accesului IMM-urilor la contractele de achiziții publice, CE solicită că autoritățile contractante nu trebuie să limiteze numărul de loturi pentru a restrânge libera competiție (or, tocmai asta se întâmplă, în măsura în care există un singur lot pe care se poate depune oferta). Nedivizarea pe loturi este o restrângere nefondată a participării operatorilor economici cu oferte.

Afirmația autorității contractante că „în conformitate cu art. 10 din HG 925/2006, autoritatea contractantă are dreptul și nu obligația de a recurge la atribuirea contractului pe loturi”, nu va fi reținută de Consiliu în soluționarea contestației, deoarece lipsa unei reglementări specifice, invocată de autoritatea contractantă, nu poate fi opusă scopului și principiilor consacrate de OUG 34/2006, în referire la organizarea unei proceduri de atribuire. Altfel spus, exercitarea de către autoritatea contractantă a drepturilor sale nu trebuie să conducă la înfrângerea principiilor legale, denumite astfel tocmai pentru rolul fundamental și primordial pe care aceste reguli diriguitoare îl au în raport cu celelalte reguli, circumscrise primelor.

În acest sens, Consiliul are în vedere faptul că impunerea ofertării doar pe un lot, a unor produse de tipuri și dimensiuni diferite, fără a fi grupate în funcție de utilizarea lor, este restrictivă, fiind de natură a restrânge participarea la procedură a acelor operatori economici care nu pot oferta toate produsele.

În situația împărțirii pe loturi multiple a produselor, autoritatea contractantă ar fi avantajată, deoarece ar putea primi oferte mai multe pentru fiecare grupă de produse în parte, prin participarea mai multor operatori economici și prin obținerea unor prețuri cât mai avantajoase, fiind respectat astfel și principiul utilizării eficiente a fondurilor publice, consacrat de art. 2 al. 2 lit. f din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare. Deasemenea, prin împărțirea pe loturi distincte a produselor pe care intenționează să le achiziționeze, autoritatea contractantă poate obține pe de o parte, condiții mai avantajoase de achiziționare, iar pe de altă parte, încurajază concurența.

Întrucât este prioritară respectarea scopului și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică/încheierii

acordului-cadru, Consiliul apreciază că în speță se impune împărțirea pe mai multe loturi a produselor care urmează să fie achiziționate.

Referitor la criticile privind avizul de funcționare și autorizarea de la producător, Consiliul precizează că argumentele prezentate în soluționarea contestației depuse de SC ■ SA, referitoare la aceste critici, sunt valabile și în cazul contestației formulate de SC ■ SRL.

Caracterul restrictiv al documentației de atribuire rezultă și din faptul că la procedură s-a prezentat un singur ofertant, astfel cum rezultă din procesul verbal al ședinței de deschidere și din raportul procedurii.

În raport de cele reținute, Consiliul, în temeiul prevederilor art. 278 al. 2 din OUG 34/2006, urmează să admită în parte contestațiile formulate de către SC ■ SA și SC ■ SRL, în contradictoriu cu ■.

În temeiul art. 278 al. 5 din ordonanță, Consiliul va respinge ca nefondate criticile 1, 6, 9, 12, 14 și ca inadmisibil capătul de cerere referitor la reluarea procedurii, dat fiind că inițierea unei proceduri este atributul exclusiv al autorității contractante determinată de necesitățile acesteia și de fondurile disponibile pentru încheierea contractului, din contestația formulată de SC ■ SA va respinge ca nefondată critica privind avizul de funcționare din contestația formulată de SC ■ SRL.

Întrucât criticile contestatoarelor vizând anumite cerințe din documentația de atribuire sunt întemeiate, iar pentru procedura în cauză oferta depusă a fost deschisă și evaluată (conform procesului-verbal al ședinței de deschidere și raportului procedurii), Consiliul stabilește că, în cazul în referință, nu pot fi adoptate măsuri de remediere, care să permită participarea contestatoarelor cu ofertă la procedură și continuarea ei, fără a fi afectate principiile prevăzute la art. 2 al. 2 din ordonanța mai sus menționată. Totodată, dat fiind că încălcarea prescripțiilor legale evocate afectează iremediabil procedura de atribuire și având în vedere imposibilitatea continuării acesteia, Consiliul urmează să decidă, pe cale de consecință, anularea întregii proceduri, conform art. 278 al. 6 din OUG 34/2006.

PREȘEDINTE COMPLET

■

MEMBRU

■

MEMBRU

■

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 21 (douăzecișiunu) file